



# RSS

Rechtsservice- und Schlichtungsstelle  
des Fachverbandes der Versicherungsmakler und  
Berater in Versicherungsangelegenheiten

Stubenring 16 / Top 7  
1010 Wien  
Tel: 05 - 90 900 - DW 5085 (Fax DW 118225)  
schlichtungsstelle@ivo.or.at

eine Einrichtung der



RSS-0026-20-14  
= RSS-E 65/20

## Empfehlung der Schlichtungskommission vom 18.12.2020

Vorsitzender	Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner
Beratende Mitglieder	KR Kurt Dolezal KR Helmut Mojescick KR Siegfried Fleischacker Kurt Krisper
Schriftführer	Mag. Christian Wetzelsberger

Antragsteller	<i>(anonymisiert)</i>	Versicherungs- nehmer
vertreten durch	<i>(anonymisiert)</i>	Versicherungs- makler
Antragsgegnerin	<i>(anonymisiert)</i>	Versicherer
vertreten durch	-----	

### Spruch

Der Antrag, der antragsgegnerischen Versicherung die Deckung des Schadens Nr. *(anonymisiert)* aus der Privat-Rechtsschutzversicherung zur Polizzennr. *(anonymisiert)* zu empfehlen, wird abgewiesen.

### Begründung

Der Antragsteller hat bei der antragsgegnerischen Versicherung eine Privat-Rechtsschutzversicherung zur Polizzennr. *(anonymisiert)* abgeschlossen. Per 1.4.2017 wurde dieser Vertrag auf eine Business-Rechtsschutzversicherung konvertiert, weshalb der Baustein „Arbeitsgerichts-Rechtsschutz“ per 1.4.2017 wegfiel. Vereinbart sind die ARB 2010, deren Artikel 2 lautet auszugsweise:

*„(...)3. In den übrigen Fällen gilt als Versicherungsfall der tatsächliche oder behauptete Verstoß des Versicherungsnehmers, Gegners oder eines Dritten gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften; der Versicherungsfall gilt in dem Zeitpunkt als eingetreten, in dem eine der genannten Personen begonnen hat oder begonnen haben soll, gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften zu verstoßen.“*

Der Antragsteller begehrt Rechtsschutzdeckung für einen Rechtsstreit mit der (anonymisiert), für die er bis Ende 2016 als Angestellter tätig war (Schadennr. (anonymisiert)). Es sei zwischen den beiden Streitparteien vereinbart gewesen, dass zusätzlich zum Gehalt eine vom Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit abhängige Tantiemenzahlung sowie eine von der Gewinnmarge abhängige Bonuszahlung in jeweiligen Folgejahren bezahlt werden. Die Feststellung der jeweiligen Anspruchshöhe solle nach Bilanzierung, spätestens aber mit 31.7. des Folgejahres erfolgen.

Die Tantiemenzahlung für das Jahr 2016 erfolgte im Zuge der Abrechnung August 2017, nicht ausbezahlt wurde eine Bonuszahlung, da die vereinbarte Gewinnmarge nicht erreicht worden sei. Der Antragsteller hat Anlass zur Vermutung, dass die Jahresabschlüsse kein periodengerechtes Bild wiedergeben und hat daher auf Einsicht in die vollständigen Bücher und Jahresabschlüsse geklagt.

Die Antragsgegnerin lehnte die Deckung aus dem Baustein „Arbeitsgerichts-Rechtsschutz“ mit der Begründung ab, der Versicherungsfall sei mit der fehlerhaften Abrechnung nicht vor 1.4.2017 und somit nachvertraglich eingetreten.

Dagegen richtet sich der Schlichtungsantrag vom 25.2.2020. Die Ursache des Rechtsstreits liege in den fehlerhaften Buchungen, die zu einer unrichtigen Bilanz geführt hätten, diese müssten vor dem 1.4.2017 erfolgt sein. Die Forderung sei innerhalb des versicherten Zeitraums entstanden, lediglich die Fälligkeit sei erst danach eingetreten.

Die Antragsgegnerin nahm zum Schlichtungsantrag mit Schreiben vom 11.3.2020 wie folgt Stellung:

*„(...)Mit der Klage hat unser Versicherungsnehmer zunächst einen Leistungsanspruch (Zahlung der zweiten Tantieme), sowie einen Herausgabeanspruch (Vorlage der Bilanzen, Gewinnrechnungen, etc.) geltend gemacht. Im gesamten Unterlagenkonvolut ist jedoch an keiner Stelle ersichtlich, warum der Versicherungsfall im Jahre 2016 eingetreten sein soll. Vielmehr ist ganz klar erkennbar, dass der mögliche Rechtsverstoß frühestens mit Ende der Bilanzierung (31.7.2017) bzw. mit der nachfolgenden Nichtauszahlung der zweiten Tantieme eingetreten ist. Hier ist sogar verwunderlicherweise zu erwähnen, dass in der Klage vorgebracht worden ist, der Versicherungsnehmer „könne derzeit nicht beurteilen, ob die zweite Tantieme gebühre oder nicht“. Bereits dadurch stellt sich die Frage, ob ein Rechtsverstoß behauptet werden kann, wenn man nicht einmal weiß, ob der Rechtsanspruch überhaupt (zu Recht) besteht.*

*Dies führt zum zweiten Punkt in der Klage, nämlich dem Herausgabeanspruch der Bilanzierungsunterlagen, der erstmals am 1.8.2017 gegenüber dem Gegner schriftlich geltend gemacht worden ist. Auch hier ist ganz klar von einer Nachvertraglichkeit auszugehen, denn der Rechtsverstoß kann auch hier nur erst nach der Aufforderung (1.8.2017) entstanden sein (Rechtsverstoß der Nichterfüllung).“*

Der Antragsteller erstattete am 17.7.2020 durch seine Vertreterin folgende Gegenäußerung:

*„(...)Wie hier bereits festgehalten vertritt der VN die Meinung, dass durch die Buchungen der Belege für das Jahr 2016 kein periodengerechtes Bild wiedergegeben*

*wurde. Dadurch ist es zu Verschiebungen gekommen, welche sich in der Bilanz für das Geschäftsjahr 2016 widerspiegeln und in weiterer Folge die Voraussetzungen für die weitere Zahlung nicht erfüllt gewesen wäre.*

*Es gilt nochmals darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen für die nun reklamierte Tantiemenzahlung mit dem Geschäftsjahr 31.12.16 geschaffen hätte sein müssen. Lediglich die Bilanzerstellung und die Zahlung dieser Bonifikation wäre nach dem 31.12.16 erfolgt.*

*Wir gehen daher davon aus, dass der Schadensfall (der behauptete Vorwurf) im Jahr 2016 eingetreten war und Versicherungsschutz besteht.(...)“*

Rechtlich folgt:

Nach Art 2, Pkt. 3 ARB 2010 liegt der Versicherungsfall in der Rechtsschutzversicherung vor, wenn einer der Beteiligten begonnen hat oder begonnen haben soll, gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften zu verstoßen. Es bedarf daher eines gesetzwidrigen oder vertragswidrigen Verhaltens eines Beteiligten, das als solches nicht sofort oder nicht ohne weiteres nach außen zu dringen braucht. Ein Verstoß ist ein tatsächlich objektiv feststellbarer Vorgang, der immer dann, wenn er auch wirklich vorliegt oder ernsthaft behauptet wird, den Keim eines Rechtskonflikts in sich trägt, der zur Aufwendung von Rechtskosten führen kann. Damit beginnt sich die vom Rechtsschutzversicherer übernommene Gefahr konkret zu verwirklichen. Es kommt nicht darauf an, ob der Handelnde sich des Verstoßes bewusst oder infolge von Fahrlässigkeit oder unverschuldet nicht bewusst war, es soll sich um einen möglichst eindeutig bestimmaren Vorgang handeln, der in seiner konfliktauslösenden Bedeutung für alle Beteiligten, wenn auch erst nachträglich, erkennbar ist. Es kommt weder auf den Zeitpunkt an, zu dem die Beteiligten von dem Verstoß Kenntnis erlangten, noch darauf, wann aufgrund des Verstoßes Ansprüche geltend gemacht oder abgewehrt werden (RS0114001). Ist kein einheitliches Verstoßverhalten des Schädigers erkennbar, handelt es sich bei den einzelnen schädigenden Verhaltensweisen jeweils um einen rechtlich selbständigen neuen Verstoß. War nach der Sachlage beim Erstverstoß mit weiteren gleichartigen Verstößen zu rechnen, liegen in der Regel nicht mehrere selbstständige Verstöße, sondern ein einheitlicher Verstoß im Rechtssinn vor (RS0111811). Es ist grundsätzlich auf den ersten Verstoß abzustellen (RS0114209), der den Keim des Rechtskonflikts in sich trägt, der zur Aufwendung von Rechtskosten führen kann, wenn dieser schon für sich allein betrachtet nach der Lebenserfahrung geeignet war, den Rechtskonflikt auszulösen, oder zumindest noch erkennbar nachwirkte und den endgültigen Ausbruch der Streitigkeit nach dem Vorliegen eines oder weiterer Verstöße noch mitauslöste, sohin „adäquat kausal“ war (7 Ob 32/18h mwN).

Für das Vorliegen eines Versicherungsfalls trifft nach der allgemeinen Risikoumschreibung den Versicherungsnehmer die Beweislast (RS0043438). Der Versicherungsnehmer, der eine Versicherungsleistung beansprucht, muss die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalls (RS0080003) während des versicherten Zeitraums beweisen.

Der Keim des hier vorliegenden Rechtsstreits liegt in der nicht erfolgten und behaupteterweise fehlerhaften Abrechnung durch den Gegner, die jedenfalls

nachvertraglich erfolgt sind. Dieser Keim entsteht nicht durch die Verbuchung in einem falschen Geschäftsjahr, sondern erst durch die unrichtige Abrechnung dieser Leistungen; erst damit konkretisiert sich die Gefahr von Kosten einer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung (vgl zur fehlerhaften Abrechnung von Leistungen durch einen Rechtsanwalt 7 Ob 85/20f).

Es war daher spruchgemäß zu empfehlen.

**Für die Schlichtungskommission:**

**Dr. Hellwagner eh.**

**Wien, am 18. Dezember 2020**